

「役に立つ講義」って、どんな講義？

——所有権に関する法律問題を例にして——

鷹 巢 信 孝

一 はじめに

二 「役に立つ」ということの、いくつかの意味

三 新しい発想をして「役に立つ」（その一 物事の表面だけを見るのではなく、物事の奥の奥にある本質を見抜いて、全体像を捉える）

四 新しい発想をして「役に立つ」（その二 先入観・固定観念を打破する）

五 むすび

一 はじめに

文部省が平成七年に民間の調査機関に委託して、「大学改革の今後の課題についての調査研究」を実施したところ、学部学生の半数以上は大学の授業に対して、「役に立つ」ことを「わかりやすく」教えて欲しいという要望をもっていることが明らかになった。^{〔1〕}

このような学生の要望は、わが学部において一九九三年に行った、在学生および卒業生に対するアンケート⁽²⁾においても明白に読みとれるところであり、一九九六年五月に在学生に対して実施した「カリキュラム等に関する調査」の結果にも表われている。

それでは、「役に立つ」講義というのは、どのような講義なのであろうか。小稿は、この問題について、私法学を専攻する立場に限定しながら、私なりの考えをまとめたものである。

注(1) 文部省編・我が国の文教施策 新しい大学像を求めて——進む高等教育の改革〔大蔵省印刷局・一九九六年〕三三頁以下。

(2) 佐賀大学経済学部教育制度検討委員会・「経済学部教育の内容・組織・体制整備に関するプロジェクト」報告書——卒業生及び在学生のみる大学教育への期待・実態・反省〔佐賀大学経済学部・一九九三年〕一〇頁・一三頁・一六頁・二〇頁・二二頁。

二 「役に立つ」ということの、いくつかの意味

私の講義を聴いた学生、ないし卒業生にとって、それが「役に立つ」という場合、いくつかのことが考えられる。まず、①彼が自分の人生に迷い、悩んでいる時に、講義で聴いたことが、悩みの解決に何らかの示唆を与えるという形で「役に立つ」という場合である。最近の学生や卒業生から、このような言葉を聴かせて貰ったことはないが、私が教師に成り立ての頃には、在学生や卒業生から、このような感謝の言葉を聴かせて貰ったことは何度かあった。

しかし、このような形で「役に立つ」のは、講義や演習における本筋の内容というよりも、雑談の方であったり、コンパの席で何げなく話したことである。しかも、そのような形で「役に立つ」ということは、何も大学教師の専

「役に立つ講義」って、どんな講義？

売特許ではなく、学生の親・兄弟や友人、小学校・中学校・高等学校の先生、さらには職場やアルバイト先の上司や先輩、飲み屋の「おかみさん」や「おやしさん」、それに宗教家などのアドバイスや説教が役に立つことも多いであろうし、小説や映画・テレビから影響を受けることもあるであろう。作家の故・吉川英治氏がいわれていたように「人皆我師」である。

私自身の経験而言わせてもらうと、二〇歳の時に交通事故で右足に障害を持つに至ったために、司法試験を受けて法律実務家として食って行こうと考えていた時に、「そんな世俗の人間相手の仕事をするよりも、大学院に進んで学者の途を選んで、将来のある若い人達を教育する方が、よっぽど夢もあるし、あなたの性格に合っているよ」とアドバイスしてくれたのは、大学に文具店を出していた「近藤さん」という「おばさん」であつた。彼女は教師の経験どころか、その資格を持った人ではなかったが、私の人生を決める上で大事なアドバイスをしてくれた恩人であり、人生の師なのである。そして、司法試験の答案練習会で私の答案を見て「君は実務家よりも学者に向いている」と看破して頂いた先輩の一言も、私の進路を決める重要なアドバイスとなった。

私事はさておいて、次に、②講義の内容が在學生や卒業生の「役に立つ」という場合、彼らがかかえている（あるいは、将来かかえるかも知れない）個別・具体的な法律問題を解決するのに「役に立つ」ということが考えられる。

私の担当科目は商法であるから、私の会社法や有価証券法を聴講した人にとって、会社の設立や株主総会をめぐる紛争の予防や解決に「役立つ」とか、手形・小切手の振出や裏書をめぐる紛争の予防、ないし解決の「役に立つ」という具合にある。しかし、このような形で「役に立つ」のは、何も学者の専売特許ではなく、弁護士や司法書士といった法律実務家の話を聴くことによっても間に合うことである。

しかも、会社や手形・小切手に関するトラブルについては、私の講義を聴いていたことが「役に立つ」としても、

不動産取引や家族問題に関する紛争については、私の講義では役に立たないので、民法の講義を聴いておく必要がある。しかし、たとえば民法の講義を聴いて、その内容を十分に理解しえたとしても、大学の授業では個別・具体的な法律問題の一つ一つについて、その解決方法を教えることは出来ない。そのようなことは時間的にも不可能であるが、何よりも学生が将来どのような分野で仕事をし、どのような紛争に遭遇するのか予測できないからである。したがって、大学の講義では個別問題の具体的な解決方法を教えるのではなく、③制定法の編別に合わせて条文の意味内容を体系的に整理し、さらには判例を類型化して説明することを通して、個別問題を解決する上で必要な基礎知識を与えることによって、どのような問題にも対処できるように準備をさせ、一般的に「役に立つ」教育を行うことになる。

このような基礎知識を教え込むことは、大学における法学教育の最も重要で、不可欠な部分ではある。しかし、これだけのことであれば、大学の教育として十分ではない。ただし、それだけの教育であれば、実務家でもないうることであり、専門学校においても行うことが出来ることは、イギリスの法曹教育や、わが国の専門学校における教育が示すところである。

つまり、イギリスではバリスタの養成は「LL」と呼ばれる法曹学院において、実務家の手になる教科書に基づいて、実務家によって行われている^③。また、わが国では公務員や法曹を目指す者の多くは、公務員専門学校や司法試験用の専門学校に通っているようであるが、それらの専門学校においても、受験に必要な限度においてではあれ、実定法に関する基礎知識は教授しているはずである。

だとすれば、法学の基礎知識の伝授は何も大学の専売特許ではないことになる。それでは、大学に固有の「役に立つ」教育として何が残されているのであろうか。私の考えでは、④いままでの物の見方や発想方法では解決できない問題に対して、新しい見方や発想方法でアプローチすることにより、解決する努力をして見せることが、何

「役に立つ講義」って、どんな講義？

よりも大学における研究と教育に課され、かつ期待されている任務である。というのは、このような仕事は、その成果を上げるまでに時間を要し、しかも努力しさえすれば必ず成功するという保障はなく、目前の問題解決に追われている実務家が一般的に手を出しうる領域ではないからである。

そして、右の④の理論的研究が独断に陥らないようにするためには、国内や国外の他の学説との対論をすることもある必要であるが、法律学の場合には、⑤いまの制度なりルールが「なぜ」「どのようにして」出来たのかという歴史的背景に照らし合わせて見ることも必要である。というのは、わが国の近代的な法制度の基礎は欧米から移入したものであるが、その欧米の法制度は中世の教会法や都市法・商人法などのほかに、ローマ法にまで遡っているからである。⁽⁴⁾

したがって、⑤の法制史の研究・教育も④の理論的研究・教育と同じような理由で、実務家が一般的に担いうる仕事ではなく、大学において担うべき分野である。とはいえ、実定法の理論は過去の歴史によって裏打ちされれば良いというものではない。なぜなら、現在適用される実定法は現世において使われるルールであって、ローマ時代や中世ヨーロッパで使われたルールそのものではないからである。したがって、④の理論的研究が独断と偏見に陥らないようにするためには、⑤の法制史研究によるチェックだけでは十分ではなく、④の理論的研究が「机上の空論」に終わらないようにするために、現世の人々が現在の制度やルールをどのように感じ、どのように運用しているのか、その実態に照らし合わせる必要がある。このような実態を調査し、整理する学問分野として法社会学があるが、世間の実態ということであれば学者よりも実務家の方が情報量も豊富であり、鋭い問題意識を有していること⁽⁵⁾もある。とすれば、この分野では学者と実務家の協力・分業によって、従来とは違った意味において「役に立つ」研究と教育の途が開かれるように思われる⁽⁶⁾。

注(3)

イギリスにおける法曹制度については、R・E・メガリイ(金子文六)・木川統一郎・新井正男(住吉 博訳)・イギリスの弁護士・裁判官「中央大学出版部・一九六七年」、砂田卓士・新井正男編・英米法講義「青林書院新社・一九七二年」一〇七頁以下、K・ツヴァイゲルト・H・ケッツ(大木雅夫訳)・比較法概論 原論下「東京大学出版会・一九七四年」四一三頁以下。

(4) 「ローマは世界を三度、征服した」といわれるが、ローマ帝国とキリスト教とローマ法のことである。

(5) ここに「実務家」というのは、裁判官や弁護士・司法書士のみならず行政職に携わっている人達も含むし、民間企業の人達などをも含む広い概念である。

(6) 産学官の協働体制が有用だとしても、薬害エイズ事件のような弊害を発生させないようにする自覚と歯止めが不可欠である。

三 新しい発想をして「役に立つ」(その一 物事の表面だけを見るのではなく、物事の奥の奥にある本質を見抜いて、全体像を捉える)

昔に比べると会議が増え、研究と教育に専念できる時間が減ったとはいえ、実務家に比べると時間にゆとりのある大学であればこそ出来るし、なすべき主要な仕事は、④の理論的研究であり、そのプロセスなり成果を学生に教授して、学生の若々しい頭脳に知的好奇心を喚起させることである。

そこで、本章では所有権に関する基礎的な問題を素材にして、従来の発想方法を根本的に変革し、所有権という法的概念を見直す作業をしなければ、問題解決の決め手に欠ける事例を示すことにより、④の基礎理論研究が「役に立つ」ことを実証してみよう。

民法一七六条は「物権ノ設定及ヒ移転ハ当事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生ス」と規定しているが、本条は物権変動にはドイツ民法のように物の引渡しとか、不動産登記などを必要とせず、当事者の意思表示のみで足る

とするフランス民法に倣った規定である。だとすれば、わが民法の下においてもフランス法流に、例えば売買の申込と承諾の意思表示の合致のみで所有権は売主から買主に移転するのであるか。それとも、売買という債権契約のみでは足りず、それとは別に所有権を移転させる意思表示、即ち物権行為があった時に所有権は移転するのであるか。これが、「所有権はいつ移転するのか」という、物権法における根本問題の一つである。⁽⁷⁾

この問題に対する解答として、二つの考え方が対立している。判例・通説は、フランス民法流に売買契約の成立と同時に、所有権は売主から買主に移るのが原則であると解している。しかし、フランスの不動産売買には公証人が立ち会い、公正証書を作成した時点で所有権は買主に移ると解されており、売主と買主のみで契約をしても、それは予約程度の効力しか有さないといわれている。だとすれば、不動産の売買に公証人を立ち会わせる取引慣行のない、わが国の不動産取引にフランス民法流の考え方を、そのまま持ち込むことには無理がある。

それでは、売買代金の支払いが物の引渡し、あるいは不動産登記を経由した時に、所有権は売主から買主に移るとする見解の方が妥当であろうか。この説は、代金支払い時か物の引渡し時、あるいは不動産登記を移した時に所有権を移すのが、わが国の取引慣行であるということを、自説の根拠の一つにあげる。しかし、そのような取引慣行が実際に存在するのとなると、実態調査を行ったわけではないので、はなはだ疑わしく、この取引慣行による論拠づけは極めて薄弱である。また、この説は「代金を受領した以上、売主としては、もう自分の物とは考えていないであろう」といった感覚的な発想に止まり、自説を理論的に根拠づける努力はしていない。

このように、所有権移転時期という重要な問題については二つの見解が対立しているが、いずれの説も自説の妥当性を論拠づけることに成功していない。

それでは、この問題を解決するためには、どのような作業をする必要があるのだろうか。私の考えでは、「所有権とはどのような権利なのか」ということから検討し直す必要がある。というのは、「所有権は『いつ』移転するの

か」という問題を解くためには、その前提として「所有権が移転するというのは、『何が』『どのようにして』移転することなのか」が分っていなければならぬし、その大前提として「所有権とはどのような論理構造をもった規範上の存在なのか」ということが解明されていなければならない。

それでは、「所有権とはどのような権利なのか」という基本的な問題は解明されているのであろうか。所有権については民法二〇六条があれば十分であるという見解もあれば、所有権と占有権の違いさえ十分には分っていないという説もあり、学説は対立している⁽⁸⁾。しかし、このような対立は民法が制定された当時において既に見られるところであり、民法起草者の間で見解は分れていたところである。梅博士は民法二〇六条は所有権の本質を規定していると解されるのに対して、富井博士は民法二〇六条は所有権の形式を規定したのみで、所有権の本体については何も述べてはいないと解されており、岡松博士に至っては、「所有権とはどのような権利なのか」という問題はこれまでのところ十分に解明されていない難問中の難問と評されていた⁽⁹⁾。

要するに、「所有権とはどのような権利なのか」という基本的な問題について、わが国の法律学は未だ十分に解明していないというよりも、そのような問題意識さえ薄れてしまっている。したがって、この問題については、所有権論の必要性を感じている者が解明の努力をするほかはないが、法現象を本質・実体・現象形態の三つの次元に區別した上で連関づけて全体像を把握しようという、私なりの方法論⁽¹⁰⁾を用いて「所有権」という権利の存在構造を分析すると、次のようにいうことが出来る⁽¹¹⁾。

つまり、所有権とは特定の物を排他的に支配する意思（独占する意思）を本質とし、この意思が世間から承認され支持されることによって排他的支配力が与えられ、排他的支配に対して侵害を行う者に対して侵害をしないように求めること（物権的請求権の行使）が出来るようになる。この排他的支配力は所有権の実体をなし、この支配力の裏づけによって他人の侵害を防止したり排除することにより、所有者が物を自由に（排他的・独占的に）使用し

「役に立つ講義」って、どんな講義？

たり、収益・処分しうるようになるが、この自由な使用・収益・処分権能は所有権の現象形態である。したがって、私の所有権論からすれば、民法二〇六条は所有権の現象形態のみを、つまり所有権を表面的・部分的に捉えた規定であって、その実体や本質については何ら触れておらず、梅説よりも富井説の方が妥当である。

それはさて置き、所有権の論理構造に関する右の仮説を用いて、「所有権は『いつ』移転するのか」という問題に立ち向ってみよう。この問題を解くためには、その前提として「所有権の移転とは『何が』『どのようにして』移転するのか」という問題を解いておく必要があることは、既に述べたとおりである。したがって、この後者の問題から考えると、私見では「所有権が移転する」というのは、現在の所有者である売主に与えられている排他的支配力（所有権の実体）が買主に譲り渡されることであり、この排他的支配力は売主が買主のために排他的支配意思（所有権の本質）を放棄して所有権者ではなくなることによって、売主から買主へと移転する。

つまり、買主は売主の所有物を自分の物にして排他的に支配したいという意思（所有権の本質）を、彼自身の意思として有している。しかし、売主の同意なしに売主の物を支配すれば窃盗ということになり、売主から取り戻されることになる。というのは、売主の排他的支配意思は世間から認められ、正統化されることによって排他的支配力による裏づけがなされているのに対して、買主の排他的支配意思は世間から正統性を認められていないからである。したがって、買主の排他的支配意思には排他的支配力が与えられておらず、買主が売主の物を無断で持ち去れば、売主から「それを返せ」と要求されることになる（物権的請求権の行使による侵害の排除）。それ故、買主が売主からそのような要求をされないようにするためには、買主は売主に与えられている排他的支配力を譲り受けるほかはない。そのためには、どうすればよいのであろうか。売主が買主に排他的支配力を譲り渡すためには、売主がそれまで有していた排他的支配意思を買主のために放棄してやり、買主が彼自身で有している排他的支配意思だけが正統化されるようにしてやる必要がある。

それでは、売主は「いつ」買主のために排他的支配意思を放棄するのであろうか。売主と買主の間で、所有権を移転する日時と条件が定められていれば、その条件が満たされた日時に、売主は買主のために排他的支配意思を放棄して、所有権は買主に移転したと解されることになる。しかし、そのような約定がない場合には、どのように考えたらよいのか。これが、いま採り上げている「所有権は『いつ』移転するのか」という問題の核心であるが、売主が代金を受領したり、物を引渡したり、登記を買主名義に移したりした時に、売主は買主のために排他的支配意思を放棄したと解釈することが出来る。

だとすれば、「所有権は『いつ』移転するのか」という問題に対する答は、判例・通説の売買契約時説よりも、代金受領時・物の引渡時・登記移転時説の方が妥当である。しかし、その理由は、「売主は代金を受け取った以上、もう自分の物とは考えていないであろう」といった、情緒的なものでは十分ではなく、代金の受領や物の引渡し・登記の移転という売主の行為の中に、売主が買主のために排他的支配意思を放棄するという物権行為を読み採ることが出来るからである。

「所有権とは、どのような権利なのか」という基本概念の検討にまで立ち帰らないと解決できない問題の、もう一つの例として、「共有とは、どのような共同所有形態なのか」という問題がある。⁽¹²⁾

主としてフランス民法に倣って民法二四九条以下の条文を制定した当時は、共有とは複数人が共同して一個の所有権を有する状態であるとする見解が定説となっていた。しかし、大正時代にドイツ民法学の影響の下に、総有とか合有という概念が導入され、これらの共同所有形態は団体、あるいは複数人が共同目的の下に一体となって所有権を有する状態であると解された。そうになると、民法二四九条以下の共有を複数人が共同して一個の所有権を有する状態と解することとの整合性に欠けることになる。そこで、共有とは複数人が同一の客体を、各自独立して銘々に支配している状態であり、同一の対象の上に複数の所有権が並存している状態である、とする見解が登場するに

至った。したがって、共有に關しても、いずれの學説が妥當かという選擇を迫られるが、その選擇の基準となるのは「所有權とは、どのような權利なのか」という基礎理論である。

それでは、所有權に關する先述の私の仮説を基準にした場合、いずれの共有學説が妥當であろうか。民法二四九條は「各共有者ハ共有物ノ全部ニ付キ其持分ニ応シタル使用ヲ為スコトヲ得」としており、私見にいう所有權の現象形態次元に關して、各共有者がそれぞれに使用權能を有していると規定している。したがって、この点から判斷すれば、第一説よりも第二説の方が妥當なように見える。しかし、所有權の現象形態のみから早急に結論を出す前に、その実体や本質次元にも照らした上で解答する必要がある。そのためには、複數人が同一の物を「共同して」支配するという場合、二つの異なったパターンがあることを理解しておかなくてはならない。

つまり、①一面識もないAとBとが山林に入つて獵銃を發射させたところ、いずれの彈丸も一羽の鳥に当たったが、いずれの彈丸が先に当たったのか判斷できない場合には、AとBとの無主物先占（民二三九條一項）が同時に成立する。したがって、この一羽の鳥について、AとBとの共同所有が成立する。これに對して、②友人であるAとBとが「共同して」焼鳥屋を始め、その材料にするために一羽の鳥を取得した場合にも、AとBとの共同所有が成立する。

しかし、同じ「共同所有」という表現を用いても、②の場合には、この一羽の鳥は焼鳥にして客に提供するために取得したものである。したがって、AやBは焼鳥屋の収益については自分の取り分に應じて分配を求めることは出来るが、この一羽の鳥自体をAとBとで分け合つたのでは、焼鳥屋の商売が出来なくなってしまう。これに對して、①の場合には、AとBとが共同事業意思をもって共同事業を営んでいるわけではなく、たまたま二人の發射した彈丸が同一の鳥に当たつただけのことである。そして、いずれの彈丸が先に命中したのかを証明できないが故に、AもBも本意ながら共同所有者になつていただけのことであり、いずれは、この鳥を二分して個人的な所有に転

化する運命にある。これが、民法二五六条や二五八条に規定している共有物の分割の問題である。①の事例は、まさに民法二四九条以下に規定している共有の典型的事例であり、「AもBも」一羽の同一の鳥を支配しているのである。これに対して、②の事例においてAやBは焼鳥屋の収益の分配を請求できても(民六七四条)、一羽の鳥そのものの分割を請求できないのは(民六七六条二項)、AとBとが「共同ノ事業」をして(民六六七条一項)、「AとBとで」一羽の鳥を支配しているからである。

このように見てくると、①の事例については、「AもBも」一羽の鳥に対して、それぞれ独立して排他的支配意思を有しており、複数の所有権が並存しているが、支配の対象がたまたま共通しているにすぎない。したがって、①の事例については共有理論のうちの第二説の方が妥当である。これに対して、②の事例では「AとBとが」共同して一個の所有権を有しているのであり、共有理論の第二説では理解することの出来ない共同所有形態、即ちドイツ民法学という合有ということになる。

それでは、②の事例を共有理論の第一説、即ち複数人が「共同して」一個の所有権を有する状態を共有と解する説によって把握できるであろうか。答は否である。というのは、この第一説も第二説と同じように、AやBの持分を認め、この持分も所有権と同一の性質をもった権利であると解しているが、AとBとで一個の所有権をもつのであれば、AやBに所有権の性質をもつ持分を認めることは出来ないからである。もしも、そのような持分の存在を認めるならば、共有とは複数人が共同して一個の所有権を有する状態であると解する第一説の出発点と矛盾するだけでなく、そのような持分の存在は共同事業の経営にとつて障害となる。

つまり、AとBとが共同事業を営みながら、AやBが所有権の性質を有する持分をもつとすれば、工場の敷地や建物・機械などを、AやBは持分に応じて個人的に使用することが出来るが(民二四九条)、それでは共同経営の妨げになる。また、原料を加工するにも、出来上った製品を販売するにも、一回一回、AとBとの合意が必要になり

(民二五一条)、合理的な経営を行うことは不可能である。さらに、AやBが所有権の性質をもつ持分を有するとすれば、その持分の処分は自由であるから、AやBが持分を譲渡したり、AやBの債権者が持分を差押えたり、あるいはAやBが共有物の分割請求をすることもできるが(民二五六条・二五八条)、これではAとBとの共同事業は成り立たないことになる。

それだからこそ、民法六七六条は組合員の持分の処分や分割請求をなしえないことにしているのである。しかし、その趣旨は、通説がいうようにAやBは所有権の性質をもつ持分を有してはいるが、共同事業を営んでいる間は持分の行使が制限されていると解すべきではない。AとBとの経営共同体は事業活動の自由を保障されており、営業妨害をする者があれば妨害の停止や排除を求めることが出来る。ということは、AとBとの経営共同体は人格権としての事業活動権を認められているということであり、AやB個人とは別個の権利主体であることを意味する。とすれば、営業用財産に対しては、AとBとの経営共同体が一個の所有権を有しているのであって、AとBとの共有に止まるのではないことになる。したがって、AやBには経営共同体の構成員としての権利(いわゆる自益権や共益権)はあるが、営業用財産に対する共有持分は有しておらず、それ故に共有持分の処分や共有物分割請求はありえないと解すべきである。

要するに、AとBとが共同事業を営んでいる場合、AとBとで一個の事業意思を形成して、一個の権利主体となっているが故に、AとBとで一個の排他的支配意思を形成しており、AとBとに一個の排他的支配力が与えられているのであって、AやBが各自銘々に排他的支配意思をもち、排他的支配力を与えられているのではない。したがって、民法六六八条にいう「共有」は民法二四九条以下の共有とは全く性質を異にする共同所有形態である。それ故に、共同事業体の問題は所有権法の領域に止まるものではなく、「団体とは、どのような構造をもった規範上の存在なのか」という団体法理論の領域に属するが、この問題を説明するためにも、従来とは異なった発想を必要とし

ているように思われる。⁽¹³⁾

注(7) この問題について詳しくは、拙著・物權變動論の法理的検討「九州大学出版会・一九九四年」第一章を参照されたい。

(8) この点については、拙稿「所有權の論理構造」佐賀大学経済論集二〇巻四号（一九八七年）六五頁以下。

(9) この点については、拙著・財産法における權利の構造「成文堂・一九九六年」二四頁注(43)・二九一頁注(76)。

(10) この方法論については、拙著・企業と団体の基礎法理「成文堂・一九八九年」一頁以下。

(11) 所有權の論理構造につき詳しくは、拙稿・前掲「注8」佐賀二〇巻四号六九頁以下。

(12) この問題について詳しくは、拙著・前掲「注9」第二章を参照されたい。

(13) 団体の存在構造について詳しくは、拙著・前掲「注10」第一章以下を参照されたい。

四 新しい発想をして「役に立つ」(その二 先入観・固定観念を打破する)

民法一七七条は「不動産ニ関スル物權ノ得喪及ヒ変更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」と規定している。そのために、次のような問題が発生している。例えば、AがBに土地を売る契約を平成九年四月一日に締結したが、未だBへの移転登記はなされていなかった。そこで、平成九年五月一日にCがこの土地をAから買う契約を結んで移転登記をした。この場合、BとCの間ではCの方が権利者となり、Bは所有權を取得できないことになる。だが、どうして、このようなことになるのであろうか。

これが「二重譲渡」といわれる問題である。つまり、Aは平成九年四月一日にBに土地を売ったのだから、既に所有權はもっていないはずである。にも拘らず、平成九年五月一日に右の土地をCに売る契約を結んでいるが、「どうして」この契約に基づいてCは所有權を取得することが出来るのか、という問題である。⁽¹⁴⁾

「役に立つ講義」って、どんな講義？

この二重譲渡の問題について数多くの学説が立てられているものの、未だ十分に納得の行く解決はなされていない。したがって、この問題も民法学の領域における難問中の難問の一つに数えられている。しかし、この問題を解決不能な難問中の難問にしたのは、民法学者が先入観に捉われ、固定観念に縛られているからに他ならない。

その先入観ないし固観念というのは、「先ずAとBとの間で取引がなされ、その後でCは無権利者となったAと取引をした」という事実が、裁判の際に証拠によって立証されているという前提の下に議論をしているということである。つまり、紛争が裁判所に持ち込まれたとき、裁判所は証拠に基づいて裁判をしなければならないが、事実を証明するのは当事者の責任であって、裁判所の仕事ではない。したがって、立証責任のある当事者が事実の立証に失敗すれば、裁判には勝てないのである。このことは、法律学者なら誰でも知っていることであるが、二重譲渡問題に関しては、この簡単なことがらが忘れ去られているのである。

先の例で、BがCを相手どって、自分の方が先にAと契約をしたから、Bこそが権利者であり、Cには所有権は帰属していないのだから土地を明渡せという裁判を起し、Bが右の事実の立証に成功すれば、この二重譲渡の紛争も簡単に片がつく。しかし、Bが右の事実の立証に成功しなければ、Bは裁判に負けてしまい、土地を取得することとは不可能になる。例えば、CとAが結託してAの取引は平成八年五月一日であったという契約書類を作成して、Aの取引よりも先であったように工作したり、そのような証言をAに行わせた場合に、それが嘘偽の日付であり、偽証であることをBが証明しない限り、Bが裁判に勝つことは出来ない。

しかし、このような危険はCについても発生する可能性はある。というのは、今度はAとBが結託して平成七年四月一日に取引をしたように契約証書を書き直せば、Aの取引がAの取引よりも先に行われたことになり、Cは敗訴するからである。したがって、取引の日付を簡単に書き直すことが出来る契約証書のみでは、二重譲渡問題を解決する決め手として十分ではない。

そこで、取引の日付を簡単に書き変えたり、始めから日付を遡記した偽りの証書を作ることの出来ない、動かし難い証拠が必要になるが、不動産登記の日付を取引の先後を決める唯一の証拠にしようというのが民法一七七条の趣旨である。つまり、不動産登記は本来は特定の不動産物件につき、どこの・誰に・どのような権利があるのか、あるいは従前の権利がいつなくなっているのかを公示する情報源である。この公的な情報源を、取引の先後関係を決める際の基準としても利用しようというのが、對抗要件としての登記の意義であり、民法四六七条二項の「確定日付アル証書」と同じ働きをさせようというわけである。したがって、裁判所の判決とか土地収用の裁決のように、権利の変動について動かし難い確たる証拠がある場合には、民法一七七条の適用を考える必要はないことになる。

要するに、民法一七七条にまつわる二重譲渡の問題は、たいした難問ではない。にも拘らず、民法学者が二重の先入観・固定観念に捉われているために、解決不能な難問に仕立て上げられてしまったのである。その先入観・固定観念の第一は、「A Bの取引が先に行われ、その後でA Cの取引が行われた」ということが、裁判所に立証済みの事実であり、動かし難い事実であるという前提の下に議論をしており、証拠次第では取引の先後はどうにでもなるということを書く考えていないのである。そのために、「Cは無権利者となったAから、『どうして』権利を承継することが出来るのか」という、解答不能な疑問を設定し、それに答えようと無駄な努力を続けて来たわけである。証拠に基づく裁判という紛争解決を前提にするならば、二重譲渡の争いは「どのようにして」発生し、「どのようにして」解決されるのかという設問をすべきである。

次に、第二の先入観・固定観念は「人間は正直であって、契約証書の日付を遡記したり、偽証したりしないものだ」という性善説を固く信じて疑っていないことである。あるいは、契約証書の日付を遡記したり、偽証しても「嘘はすぐにバレてしまう」という樂觀視をしていることである。しかし、巷には手形の日付を遡記したり、偽の日付で公正証書を作成する事件は山ほどあることを思い起すならば、この第二の先入観・固定観念に捉われずに済ん

「役に立つ講義」って、どんな講義？

だはずである。そして、第二の先入観・固定観念から解放されておれば、第一の先入観・固定観念に捉われずに済み、二重譲渡問題の解決に余計なエネルギーを使うこともなかったと思われる。

ドイツの法哲学者・ラードブルフは「悪人を前提にする法律家こそ、立派な法律家である」という趣旨のことを述べているが、これは法律実務家のみならず法律学者についても当てはまるようである。

(14) 詳しくは、拙著・前掲「注7」第二章を参照されたい。

(15) 拙著・前掲「注7」二一九頁参照。

五 むすび

入学試験であれ資格をとるための試験であれ、そこで必要とされるのは既存の知識を暗記して、既存の答を要領よく記述することであり、既存の知識や解答に疑問を懐くことは「落ちこぼれ」の途を行く運命にある。

しかし、大学という学問の場では、疑問に感じるところを、自分の納得の行くまで徹底的に考え抜いて、答を見出す努力をするところに意義を認めている。勿論、大学においても基礎的な概念や知識は暗記しなければならないが、これまで正しいとされて来た知識や考え方そのものをも疑い、とことん納得の行くまで答を追求して行くのが大学という学問の場である。

既存の知識なり解答なりを伝授するだけのことであれば、専門学校で済むことであり、実務家の方がよほど分り易く教えるかも知れない。したがって、それだけの仕事でよいのであれば、大学など無くても済むであろう。

しかし、これまでのやり方や考え方ではうまく行かない問題が生じた時には、既存の知識と既存の解答しか教え

ない専門学校では間に合わないのである。また、実務家は目前の具体的な問題の解決に追われており、「『所有権とはどのような権利なのか』という基本問題について納得の行く答えを見出していないので、目前の具体的な問題に答えることが出来ません」とは云えないのである。

これに対して、大学は目前にある具体的な問題だけではなく、過去に生じた未解決の問題や、将来発生するであろう問題についても考える時間的なゆとりと精神的なゆとりがあり、いい意味における「アソビ」が認められている。だからこそ、裁判官や弁護士のような実務家では手をつけられない問題に手を出すべきであり、そのような仕事を⁽¹⁶⁾してこそ大学の存在意義を示すことが出来るのである。

しかし、新しい考え方を追求することが大学の使命の重要な部分であるといっても、物事の表面だけを撫でたり、現象の一部分だけを見て感覚的に結論を出したり、奇をてらう見解を出すのでは学問の名に値しない。「一体全体」という言葉があるように、現象の表面から奥の奥に潜む、目には見えない本質を探り出した上で、現象全体を把握してこそ、世俗の知識とは違った学問が成り立つであろう。そのような学問をするためには、「なぜ」「どうして」と執拗に問いつけた子供の頃の好奇心と粘り強さと容易には妥協しない精神とが必要不可欠である。⁽¹⁶⁾

因に、本稿で取扱ったテーマ、即ち「役に立つ講義」や「大学の存在意義」といったことについては、既に戦前にも問題とされており、戦後五〇年を経過した現代に特有の問題ではない。とはいえ、戦前に比べて大学進学率は格段に高くなり、大学の数は増え、大学が大衆化している現在の方が問題の根は広く深いのではないかと思われる。なお、戦前における、このような問題に対して、末弘厳太郎博士が示された考え方は、私見と通じるところが多く、今日でも説得力をもっており、改めて末弘博士の偉大さを感じた次第である。

注(16) このような学問の態度は、中島義道・哲学の教科書「講談社・一九九五年」で求められている哲学者のそれに近い。しか

「役に立つ講義」って、どんな講義？

し、これまでの法律学にはそのような学問的態度に欠けているが、その一例として、拙稿「不当な取引制限（独禁法二条六項）における『共同』と『共通』」佐賀大学経済論集二九巻一・二合併号（一九九六年）八九頁・九二頁。なお、七八頁・一一〇頁以下。

因に、学者が社会的責任を果す上における学問への姿勢について論じたものとして、E・W・サイード（大橋洋一訳・知識人とは何か「平凡社・一九九五年」、西山卯三『早川和男・学問に情けあり「大月書店・一九九六年」、早川和男「学者の社会的責任とは」書斎の窓一九九七年一・二月合併号四〇頁以下。

(17) これらの問題に対する末弘博士の考え方は、末弘厳太郎・役人学三則（末弘著作集Ⅴ）「日本評論社・一九五五年」に収録されている「教育と職業」（昭和八年）・「役に立つ教育とは何か」（昭和十一年）・「教育機関としての大学と研究機関としての大学」（昭和十九年）を参照されたい。

付 記

本稿は今春の受験生を主たる対象にして、平成八年八月九日に本学の大学説明会において行った模擬講義に加筆修正したものである。これまでに公表した私の難解な論文や、講義を理解して頂く一助になればと考えて、敢えて文章化した次第である。

というのは、注(7)の拙著については、七戸克彦「紹介と批評・鷹巢信孝著『物権変動論の法理的検討』」慶応義塾大学法学研究六八巻五号（一九九五年）一三九頁以下のように、丹念かつ正確に読破された上で批判されたものがあるかと思うと、一方では、滝沢津代「物権変動論のその後の展開（二・完）」成城法学五二号（一九九六年）二〇九頁において「対抗の理論構成に関して何を提示しようとするのかは明確ではない。結局筆者の持論である『所有権とはどのような権利なのか』という問題意識の強調に終っているようであり、実用法学の議論を逸脱しているように見える」という評価がなされている。これと同趣旨の批判は、拙著に収録した原論文を三年次ゼミの宿題と

して要約させたときにも、M・I君のレポートで経験したところである。経済学部生の彼は民法の基礎を学ばないまま私のゼミに入っていたので、拙稿を読み直した上でレポートを再提出するように指導したが、同じ論文に対する評価が分れるのは、何よりも読む側の問題意識や学ぶ態度・姿勢、あるいは理解する能力の違いによるものであろう。しかし、情報を発信する側の表現方法が拙いために、真意が伝わり難かったことも一因をなしているのではないかと思われるからである。

なお、滝沢・前掲論文同頁は、私が「不動産登記制度は『なぜ』存在し、『どのような』作用を営むのか」という基礎的な問いかけを十分に行うことなしに「学説一般の議論がなされていると批判したことに対して」、「不動産登記制度の存在理由は既に周知のところであり、そうした一般的問いかけをすべき問題状況ではないと言えよう」と反論されている。しかし、この点の考察が十分でないからこそ、民法一七七条や商法二二条・一四条に関して、議論が錯綜しているのではないのかというのが、私の問題提起の一半であり、それだからこそ「初心に帰れ」「基本に戻れ」と警告している（拙著・二一六頁。なお、二二二頁）わけである。この点に立ち帰って考えないと、対抗要件である登記を「物権変動の実体的要件とする」と解する（滝沢・前掲同頁）ようなことになるのではあるまいか。

因に、右の模擬講義の後で、聴講者に対して入試運営委員が行ったアンケート調査の結果は、次のとおりであった。

「役に立つ講義」って、どんな講義？

このアンケート結果は、先入観・固定観念に毒されていない若い人達は、新しい発想を受け入れ易いことを示しており、教育にはそれなりの効用があることを教えられると同時に、責任の重さを感じさせられた。

判り易く興味が持てる	高校三年生	その他26	一年生(5)・二年生(20)・教員(1)
高校との違いを実感した	12		1
ためになる講義であった	6		3
複雑・難しい	10		6
	51		16